

LA VI^{ÈME} REPUBLIQUE : REPUBLIQUE DES Juges ?

par Xavier Bioy,
professeur à l'Université de Toulouse I sciences sociales
Centre d'études et de recherches constitutionnelles et politiques
(CERCP)

On trouve sur un site internet « sixièmement » ce slogan séduisant : « Justice à deux vitesses ? Passez la sixième ! ». La VI^{ème} serait donc aussi une réaction face à l'impasse dans laquelle la Cinquième, et au-delà la tradition constitutionnelle française, ont plongé la justice.

En matière de justice, l'air du temps constitutionnel respire l'idée de pouvoir et de responsabilité. « L'air du temps, voilà un moment qu'en fait de justice nous le respirons. » écrit Yves Guéna¹ ; aussi s'attend-on légitimement à trouver sous la plume des réformateurs de la constitution et plus encore sous celle de ses détracteurs qui ont l'ambition de la remplacer, une somme importante de réflexions sur la « justice ». On sera parfois déçu au constat de la faible place du pouvoir judiciaire ou juridictionnel dans la thématique de la VI^{ème}². Les écrits en la matière s'échelonnent d'un discours convenu sur les dysfonctionnements de la justice à une refonte de la justice constitutionnelle accompagnée d'une rationalisation de la justice « ordinaire »³, parfois jusqu'à la fin de la dualité de juridiction et le

¹ « Des coups de canif dans la constitution », *Le Monde*, 25 janvier 2000, p. 1.

² On pourra s'étonner par exemple qu'un numéro de la *Revue Politique et parlementaire* consacré à la réforme des institutions (1998, p. 100 et s.) n'évoque pas la question de la justice.

³ Par exemple, le chapitre qu'y consacre Arnaud MONTEBOURG dans *La machine à trahir*, Denoël, 2000, « La justice des castes et des clans ».

renforcement des mécanismes de responsabilité des magistrats. Mais ces derniers éléments n'apparaissent qu'exceptionnellement et sans lien les uns avec les autres. Il semble en fait que la justice soit un domaine où la révolution juridique, transcription de la révolution politique, soit plus difficile à imaginer. Pourtant, la question apparaît aussi centrale que celle de la composition de l'exécutif ou la revalorisation du législatif quand on imagine qu'elle pourrait conduire à renverser la tradition française en instituant un pouvoir juridictionnel en entendant par pouvoir une capacité de décision légitime car instituée et responsable. Bien que parfois très ambitieux (projet Monteboug-François, Bayrou) les sixiémistes peinent à poser l'ensemble de la question de la juridiction en termes constitutionnels.

Ce sentiment de décalage entre l'enjeu constitutionnel de la justice et les différents projets sixiémistes naît d'un double constat : celui de la situation de la justice aujourd'hui, celui des perspectives qui lui sont offertes. Sous la Cinquième, si la fonction juridictionnelle s'affirme elle ne parvient pas organiquement à être un « pouvoir » et les sixiémistes n'entendent pas la consacrer comme telle, faute de construire une légitimité sous forme de responsabilité politique.

De la justice et du pouvoir

En France, on le sait, la justice est un « pouvoir refusé »⁴, organiquement partie intégrante de l'exécutif. Comme souvent dans d'autres Etats, l'existence de deux termes (judiciaire et juridictionnel) atteste de ce que la juridiction est une fonction qui peut être assurée par de multiples organes qui dépendent aussi d'autres organes que ceux qui assument la fonction à titre principal⁵. L'identification des organes juridictionnels se fait alors soit fonctionnellement soit organiquement en précisant que selon la pensée libérale c'est la fonction qui crée l'organe et en ajoutant que la fonction implique les

⁴ Expression de Jean FOYER (« La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 25). Sur ce point, la bibliographie est infinie, signalons : B. KRIEGER, « Le passé de la justice en France : un passif », in D. SOULEZ-LARIVIERE et H. DALLE, *Notre justice*, R. Laffont, 2002, p. 23 ; *Les chemins de l'Etat*, Calmann-Levy, 1986 ; *L'Etat et la démocratie, Rapport au président de la République*, La documentation française, 1985. Pour un bilan : Fabrice HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruylant, 2004, p. 29-53.

⁵ I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 41, 2005, p. 25-26.

La VI^{ème} République : République des juges ?

garanties fournies par des aménagements organiques. L'unité organique de la fonction juridictionnelle ne saurait alors se réaliser intégralement. Plus ou moins organiquement diffuse, la juridiction se présente difficilement comme un pouvoir, sous l'aspect d'un ensemble d'organes éclatés, sans liens entre eux et dont la quasi-totalité (à l'exception du Conseil constitutionnel) relève de l'exécutif. Cela s'explique historiquement et doctrinalement mais le constitutionnalisme, porté par l'espoir de limiter le pouvoir, aboutit assez naturellement aujourd'hui à exiger une refonte du statut constitutionnel de la justice⁶. Le pouvoir juridictionnel ne peut s'affirmer qu'en posant l'existence d'une seule et même fonction de l'Etat. Il n'est donc pas étonnant, mais cela demeure remarquable, que le projet Montebourg-François précise que « à la différence de celle de 1958, la constitution de la VI^{ème} fait le choix de définir la justice par ses missions (art. 85).

Pour beaucoup cette refonte a commencé par le double biais des acteurs et de la mise en place d'un certain nombre de garanties par les juridictions elles-mêmes, en particulier le Conseil constitutionnel⁷. Une construction s'est opérée par la détermination de standards de procédure et de garanties commune et un certain « dialogue des juges ». Dans cette construction, la jurisprudence constitutionnelle joue un double rôle : elle construit d'abord une théorie de la juridiction à travers les garanties constitutionnelles qui s'imposent à la loi, elle légitime ensuite sa propre œuvre comme chef de file du nouvel Etat de droit.

L'unification fonctionnelle de la justice s'affirme ainsi toujours plus, comme en témoigne la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2005, « Loi de finance rectificative pour 2005 » qui, à propos d'un mécanisme de validation législative, oppose en bloc la jurisprudence européenne et celle du Conseil d'Etat au législateur au nom de la séparation des pouvoirs. Ce que Bertrand Mathieu nomme « la protection des situations juridictionnellement acquises »⁸. En arrière plan des garanties procédurales se dessine une fonction de

⁶ M. CAPPELLETI, *Le pouvoir des juges*, Economica-PUAM, 1990, p. 22.

⁷ Th. RENOUX, « Le poids de la constitution dans les réformes de la justice », in L. CADIET et L. RICHER, *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, PUF, 2003, p. 106 ; Fabrice HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel...*, préc., p. 35 et s.

⁸ B. MATHIEU, « Les lois de finances au crible de la sécurité juridique (A propos des décisions 2005-230 et 2005-231 du 29 décembre 2005 du Conseil constitutionnel) », *Les petites affiches*, 13 janvier 2006 (10), p. 4-7.

justice plus unie.

Des perspectives de rationalisation : autonomie, unité, responsabilité

Voilà pourquoi on trouve dans le discours sixiémiste, même de façon inaboutie, des tentatives d'unification et de rationalisation : Le thème de la Cour suprême d'abord, inséparable du contexte européen (CJCE, CEDH), participe du souhait de voir s'organiser, s'agglomérer, les éléments épars de la justice ; l'exception d'inconstitutionnalité ensuite, qui reconnaît une fonction commune à tous les juges et la nécessité de travailler sous l'autorité du juge constitutionnel ; ou encore la suppression de la dualité de juridiction qui amène à dénoncer le jeu à part et ambigu du Conseil d'Etat. La substitution d'une définition fonctionnelle à une définition organique de la justice tend à retrouver une cohérence et une force à la juridiction comme ensemble d'institutions remplissant un seul et même pouvoir. Ces différents éléments tendent vers la même idée d'une fonction juridictionnelle mieux institutionnalisée mais les pourfendeurs de la V^{ème} ne vont pas jusqu'à la formaliser sous les traits de la Sixième. La question est pourtant posée : « nous voici au milieu du gué : les juges occupent un large pouvoir mais cette évolution n'a pas encore été transformée dans les textes. Plutôt que de contester cette réalité, ne vaut-il pas mieux faire de nécessité vertu, et rationaliser –pour reprendre l'expression des constitutionnalistes– ce nouveau pouvoir ? »⁹

La figure du juge a considérablement changée sous la V^{ème} sans que les projets de VI^{ème} n'en tiennent compte réellement. Si l'on comprend le thème de la VI^{ème} comme un débat de transition, on doit y tenir compte d'un constat de la réalité de la place de la justice aujourd'hui et s'étonner que la justice ne soit pas un enjeu de radicalisation de ce débat. Ne serait-il en effet pas temps de sortir la justice de cette sorte de « banlieue constitutionnelle » selon l'expression de Dominique Turpin¹⁰ ? Il faut trouver l'explication de cette retenue dans la structure même du débat sur la VI^{ème} qui, à l'occasion d'un « constitutionnalisme fiction » oscille entre deux versions, toutes deux dépendantes de l'acquis constitutionnel de la

⁹ A. GARAPON (Dir.), *Les juges. Un pouvoir irresponsable ?*, Ed. Nicolas Philippe, Coll. Justement, 2003, p. 29.

¹⁰ In « Le pouvoir judiciaire », *Constitution et justice*, Académie internationale de droit constitutionnel de Tunis, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 155.

La VI^{ème} République : République des juges ?

V^{ème} : la modernisation des institutions de la V^{ème} (contrairement aux apparences de rupture la plupart des « sixiémistes » demeurent tributaires de ce cadre) ou la rupture et la réécriture complète, plus rares. La crise du juge est pourtant tangible au-delà des simples questions de service public. C'est une transformation de la régulation juridique et de sa place dans le concert social qui expliquent la nécessité de penser plus haut la fonction juridictionnelle¹¹.

L'idée du « pouvoir juridictionnel » ainsi entrevue par la mise en relation des juges, ne semble pas séduire les réformateurs. Finalement, seul le débat relatif à la justice constitutionnelle semble pour les sixiémistes mériter de se situer à un tel niveau, ignorant le rôle désormais aussi important juridiquement et politiquement des juges judiciaires et administratif, eux aussi occasionnellement juges de la constitutionnalité (au moins matériellement par le contrôle de conventionnalité).

Cette perspective d'évolution heurte en effet la tradition française de la séparation des pouvoirs et la peur du gouvernement des juges¹² bien que cela n'apparaisse pas explicitement dans les discours sixiémistes. La consécration explicite d'un troisième pouvoir heurte la question de l'indépendance : comment être responsable comme

¹¹ J. LENOBLE (Dir.), *La crise du juge*, Bruylant – LGDJ, 1996.

¹² Sur fond de dissociation entre démocratie et Etat de droit, l'idée d'un réel pouvoir juridictionnel heurte également le paradigme de l'opposition entre droit et politique, légalité et opportunité. Comment associer dans une même séparation des pouvoirs des fonctions aussi différentes ? La réponse est complexe mais peut ainsi se présenter : si en effet les juges décident des cadres qu'ils n'ont pas posés et dont ils sont institutionnellement et stratégiquement tributaires, ils travaillent les normes et agissent sur le cours de la décision politique lorsqu'elle se fait norme juridique. A ce titre la reconnaissance d'un pouvoir juridictionnel n'est pas illogique. Cependant cela ne conduit pas à officialiser un « gouvernement des juges » qui impliquerait une volonté ouverte d'opérer des choix de société concurremment aux autres pouvoirs, comme aux Etats-Unis. Si les juges ont conscience de travailler sur des dossiers à enjeux politiques, si les théories de l'interprétation ont mis en lumière leur irréductible autonomie (P. BOURETZ, « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, p. 71), si leurs décisions ont des effets politiques, ils n'en obéissent pas moins à une rationalité particulière qui dresse une sorte de « champ opératoire » leur déniaient la possibilité de se montrer ouvertement partisans. On rencontre ici une « légitimité procédurale ».

pouvoir, au niveau constitutionnel, tout en assurant l'indépendance de chaque juge, elle-même condition de l'impartialité ? Aux dévoiements de la séparation des pouvoirs par la soumission des juges au contrôle du législatif et de l'exécutif s'oppose la nécessité d'une responsabilité accrue de l'institution, sorte de légitimité fonctionnelle (« je suis légitime parce que je remplis ma fonction sous contrôle »).

La thématique générale de la responsabilité devient en effet le centre de gravité de toute réflexion contemporaine sur la justice depuis quelques années déjà, *a fortiori* avec le séisme d'Outreau. A. Montebourg et B. François assoient leur VI^{ème} sur le constat d'une « société de défiance » pour justifier, avec celle du président et du gouvernement, une nouvelle responsabilité de la justice¹³. Certains sixiémistes s'engagent en ce sens¹⁴ mais il est rare que ce sujet soit ainsi posé, en ces termes constitutionnels. Il est remarquable de ne pas rencontrer de propositions tendant à adapter en France des formes de responsabilité politique des juges comme il en existe aux Etats-Unis ou au Canada (procédures de *recall* ou d'*impeachment*) voire, plus prêt de nous, en Allemagne dans les hypothèses de violation grave de la constitution¹⁵. En matière de justice, les solutions demeurent très proches de la tradition française sans aller toujours au bout des effets des mutations politiques et théoriques de la fonction de juger et sans tirer les enseignements éventuels du comparatisme, notamment celui des Cours suprêmes, unificatrices du pouvoir juridictionnel. Il semble en fait que le débat sur la sixième comporte une branche qui tente de résoudre la crise de la justice sans ancrer la fonction de juger au cœur de la révolution constitutionnelle.

En définitive, la plupart des sixiémistes ne souhaitent pas encourager la montée en puissance des juges par une assise

¹³ *La constitution de la VI^{ème} - Réconcilier les Français avec la République*, Odile Jacob, 2005, p. 9.

¹⁴ La motion du Nouveau parti socialiste qui souligne que « la gauche a échoué à réconcilier les citoyens avec l'institution judiciaire, celle du quotidien d'abord. Mais aussi celle qui allait vers la responsabilité des juges et la réforme des parquets [...]. La justice ne peut plus être dépendante du pouvoir exécutif et de ses intérêts, mais elle doit pouvoir faire l'objet d'un droit de regard sur les citoyens, d'un contrôle de ses actes et doit accepter la mise en jeu de sa responsabilité » ; Cité par E. MARCOVICI, *La gauche et la VI^{ème} République*, L'Harmattan, 2005, p. 65.

¹⁵ Voir Th. RENOUX, « Le pouvoir judiciaire en France et Europe occidentale : approche comparative », *RDJ* 1999, p. 965.

La VI^{ème} République : République des juges ?

constitutionnelle plus forte alors même que la doctrine constate cet essor. Les politiques craignent une « remotivation » des juges à la mode italienne¹⁶. En ce sens, les juges sont un enjeu sous-estimé du débat sur la VI^{ème} (I). Pourtant la recherche de solutions à la crise de la justice et les réformes éparses envisagées pour unifier et responsabiliser la justice, attestent du fait que les juges seraient un enjeu certain de la radicalisation du débat sur la VI^{ème} (II).

I - Les juges : enjeu sous-estimé du débat sur la VI^{ème}

L'enjeu apparaît globalement sous-estimé au plan constitutionnel parce qu'au-delà du traditionnel constat d'une certaine judicialisation de la vie politique, le pouvoir juridictionnel n'est pas pensé alors même qu'il se réalise fonctionnellement chaque jour un peu plus. D'une certaine façon au vu de l'écart entre la situation en 1958 et aujourd'hui, l'on peut dire que « la VI^{ème} des juges est déjà là » (A). Il est encore sous-estimé parce que les discours sixiémistes proposent un certain nombre de remèdes aux dysfonctionnements de la justice sans penser dans son ensemble la fonction juridictionnelle de l'Etat. La sixième se fait « en dépit du pouvoir juridictionnel » (B).

A - La VI^{ème} des juges : déjà une réalité ?

Assez étonnement, en conclusion d'un ouvrage relatif au service public de la justice, Marie-Anne Frison-Roche et Hubert Haenel écrivent que « la Justice est la grande affaire de la V^{ème} République. Mais tel le phénix de l'histoire, la conscience de ceci n'est apparue que récemment »¹⁷. En effet, les défauts (comment ne pas dire les « tares ») de notre justice ramènent souvent à des malfaçons congénitales, résumées dans l'analyse de l'ambiguë notion « d'autorité judiciaire ». Le régime de la V^{ème}, cela a été bien des fois montré, n'a pas fait à la fonction juridictionnelle la place qu'elle mérite dans un Etat de droit tel que la seconde moitié du XX^{ème} siècle l'a vu un peu partout se développer.

1 - L'essor des juges

¹⁶ A. VAUCHEZ, *L'institution judiciaire remotivée – Le processus d'institutionnalisation d'une « nouvelle justice » en Italie (1960-2000)*, LGDJ, Droit et société, Recherche et travaux, 12, 2004.

¹⁷ « Le service public de la justice conclusions ouvertes », *Le service public de la justice*, O. Jacob, 1998, p. 183 ; voir aussi Pierre ESPLUGAS, « La Cinquième n'est pas celle que l'on croit », *Gazette du Palais*, novembre 1998, p. 41.

Cette attitude s'inscrit dans une perspective dominante, qui marque aussi les discours sur la sixième, consistant à peu s'interroger sur le rapport existant entre pouvoir juridictionnel et forme juridique de service public et qui conduit à réformer l'institution judiciaire essentiellement en tant que service public¹⁸. Certes, les pouvoirs constitutionnels prennent tous la forme du service public mais elle n'entre pas autant en contradiction avec leur mission. On a ainsi pu relever que les plaies de la justice sont souvent également les standards du service public : gestion des carrières des magistrats, unité du corps de la magistrature, contrôle par l'exécutif présidant le CSM, formation des magistrats, administration des juridictions...¹⁹. Mais la situation a évolué en dépit de ses entraves.

L'affirmation des juges comme puissance a comporté de multiples facettes, trop connues pour être ici développées²⁰ : la crise du politique et de la représentation, l'évolution du droit lui-même, droit mou, droit flou, appelant logiquement un interprète, le développement des droits fondamentaux en particulier celui du droit au recours, la pénalisation des relations sociales, le développement des pouvoirs du juge et l'affermissement des garanties procédurales, l'audace des juges eux-mêmes dans leur contrôle mais aussi son tempérament sous forme de retenue en appelant au législateur, etc. Il est exact, en outre, que les juridictions, en tout premier lieu le Conseil constitutionnel (en particulier par ses réserves) et le Conseil d'Etat (en particulier depuis le développement de la modulation des effets de l'annulation contentieuse), jouent clairement aujourd'hui un rôle positif d'interpellation et d'orientation et non plus seulement d'empêchement. Selon le terme de F. Hourquebie, les juges manifestent une « implication active » qui leur donne des allures de

¹⁸ M. LAGNEAU-DEVILLE, « Influences du pouvoir exécutif sur les prérogatives du juge en France, sous la V^{ème} République », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacement*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Collection droit, Bruxelles, 1983, p. 476.

¹⁹ D. TRUCHET, « La justice comme service public », *Le service public de la justice*, Ed. O. Jacob, 1998, p. 31 (spéc. p. 36) ; X. BIOY, « L'institution judiciaire sous la V^{ème} République : de la logique administrative du service public appliquée à une autorité constitutionnelle », *RRJ* 1999, n° 4, p. 1091-1134.

²⁰ O. BEAUD, « L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la V^{ème} République : un constat critique », *Esprit*, janvier, 2002, p. 112.

La VI^{ème} République : République des juges ?

régulateur²¹.

2 - L'idée de pouvoir juridictionnel

Depuis une vingtaine d'années cette question prend une tournure différente avec l'avènement du concept de « pouvoir juridictionnel ». Idée déjà présente dès 1958²², elle est aujourd'hui le fruit du double essor de la justice constitutionnelle et de la « démocratie d'opinion », il désigne l'appareil qui émerge à l'intérieur de l'Etat permettant à l'individu de s'opposer à lui. L'expression vise alors à réunir en un seul signifiant des instances aussi différentes que le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, voire la Cour des comptes. La systématisation de cette construction doit beaucoup à l'école d'Aix, en particulier Th. Renoux²³. Les exigences particulières de cette « fonction juridictionnelle-constitutionnelle » sont prises en compte et défendues voire accrues par la jurisprudence du Conseil constitutionnel sans préjudice du rôle non moins déterminant de la notion de « tribunal » imposée par la convention européenne des droits de l'homme.

Cette résurgence de la juridiction trouve aujourd'hui appui en théorie du droit sur les différentes écoles qui établissent l'étendue du pouvoir interprétatif²⁴. On a pu nettement montrer que l'opposition

²¹ *Op. cit.*, p. 207.

²² « La justice dans l'Etat », in *La justice*, Centre de sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice et Université d'Aix-Marseille. PUF, Bibliothèque des centres d'études supérieures spécialisées, 1961, p. 11 et s.

²³ T. RENOUX indique d'ailleurs que « s'il n'existe pas, sous la V^{ème} République, de « pouvoir judiciaire », on doit cependant admettre l'existence d'un pouvoir public constitutionnel, appartenant aux juges, créateur de droit jurisprudentiel et exprimant dans son domaine, la souveraineté nationale. », in O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1990, Article « Autorité judiciaire », p. 63 à 65 ; *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica-PUAM, 1984 ; « L'autorité judiciaire », in *L'écriture de la constitution*, Association française de science politique et Association française des constitutionnalistes, D. MAUS, L. FAVOREU, J.-L. PARODI (Dir.), Economica-PUAM 1992, p. 682 ; « La justice dans la constitution », CCC n° 14, 2003.

²⁴ Entre autres Michel TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 101 et s. ; du même auteur « La fonction de juger est-elle un pouvoir ? », *RPP*, 1991, p. 31 ; Olivier CAYLA, « Les deux figures du juge », *Le débat*, n° 74, mars 1993, p. 164.

encore entretenue entre fonction d'application du droit ou fonction de création n'est pas seulement contraire à la réalité du travail du juge mais que les auteurs qui s'y réfèrent ne parviennent pas à les séparer réellement. En toute hypothèse, les études contemporaines remettent au rang des accessoires désuets les théories du juge « bouche de la loi » ou du « pouvoir neutre »²⁵.

Alors que la magistrature se montre traditionnellement réticente à endosser la responsabilité d'un pouvoir explicite, des magistrats théorisent à leur tour ce changement. On pense notamment au *tiers pouvoir*²⁶ de Denis Salas qui propose quant à lui sous ce terme un concept tenant à la fois du tiers état et du troisième pouvoir. Pour ce faire, il prend en compte un « glissement majeur [...] : la justice quitte son statut de dépendance de l'exécutif et devient un pouvoir spécifique en imposant l'arbitrage du droit entre le peuple et le politique. ». L'opposition traditionnelle entre pouvoir et autorité, issue de la rédaction du texte de 1958, fait ainsi l'objet de lectures moins désobligeantes pour la justice. C'est également la voie parcourue par Antoine Garapon dans le *Gardien des promesses* qui s'attache à redorer le blason de la notion constitutionnelle d'autorité. L'autorité apparaît plus encore que le pouvoir, en tout cas mieux adaptée à la justice. L'autorité implique en effet l'obéissance sans la contrainte mais avec la prééminence que ne connaît pas la persuasion d'un égal. L'autorité résulte d'une position extérieure et transcendante au système politique, elle le permet en lui donnant un cadre, une légitimité, son registre est la parole²⁷. Ce qui explique que le président des Etats-Unis prête serment devant la Cour suprême. La réalité du travail du juge s'inscrit désormais largement dans l'idée d'un pouvoir qui serait plus exactement un contre-pouvoir²⁸, un modérateur des pouvoirs, à la jonction de l'Etat de droit et de la démocratie²⁹.

²⁵ Olivier CAYLA et Marie-France RENOUX-ZAGAME, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, LGDJ, 2001.

²⁶ *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Hachette Littératures, collection Forum, 1998.

²⁷ *Le gardien des promesses – Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996, p. 177 et s.

²⁸ Jean GICQUEL, « Service public de la justice et structure de l'Etat », *Le service public de la justice, préc.*, p. 113.

²⁹ Fabrice HOURQUEBIE écrit ainsi que « en amont, le contre-pouvoir est l'expression de la différence légitime, indispensable à tous les niveaux d'organisation du pouvoir et à tous les moments du dialogue démocratique.

La VI^{ème} République : République des juges ?

Ce mécanisme est d'autant plus lisible en régime présidentiel que la séparation des pouvoirs y est organiquement marquée ce qui n'a pas échappé aux « sixiémistes ». Mais, s'ils s'accordent le plus souvent à reconnaître et encourager l'essor du Conseil constitutionnel, ils sont moins sensibles et moins favorables aux évolutions des juges ordinaires. En matière de justice ordinaire, la majorité des auteurs entretient un clivage consistant à rejeter comme n'intéressant pas la sphère constitutionnelle un certain nombre de problèmes institutionnels qui apparaissent secondaires et distincts les uns des autres : la dualité de juridiction, le statut du parquet, la responsabilité des magistrats. Entre les deux, le CSM se traite bien au niveau constitutionnel mais par des aménagements secondaires dans la logique des institutions.

D'une certaine façon, si l'on mesure la distance parcourue par les institutions juridictionnelles depuis 1958, on pourrait, en considérant ainsi « le verre à moitié plein », estimer la mutation suffisamment profonde pour parler d'une VI^{ème} des juges déjà là³⁰. En contrepoint, on remarque évidemment qu'un troisième pouvoir n'a pas été consacré et construit « à la française » par un bel ordonnancement planifié et qu'il semble que cela ne sera pas le fait de la VI^{ème}, en tout cas par les actuels discours « sixiémistes ».

B - La VI^{ème} sans les juges : un discours dominant

En définitive, un contraste, presque un paradoxe appert : d'un côté la doctrine demeure marginalement « sixiémiste » mais décrit assez majoritairement une montée en force telle des juges qu'il n'est plus rare d'entendre parler de « juge représentant »³¹, de « pouvoir juridictionnel » ; de l'autre, le personnel politique réformiste, voire « sixiémiste », n'entérine guère le caractère ultra des analyses

En aval, le contre-pouvoir incarne la fonction de limitation et de modération vis-à-vis, à qui incombe la mission principale de gouvernance », *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel...*, préc., p. 74.

³⁰ Denis SALAS écrit en ce sens que « nous ne sommes plus condamnés à cette oscillation entre le césarisme et le parlementarisme qui caractérise notre histoire constitutionnelle. Si une autre voie est possible, encore faut-il la déchiffrer. Ce qui suppose de ne pas écarter d'emblée que le juge soit devenu un des principaux messagers de cette nouvelle démocratie », in *Les juges. Un pouvoir irresponsable ?*, préc., p. 64.

³¹ En autres : M. TROPER, Th. RENOUX, D. ROUSSEAU (*Contentieux constitutionnel*) ; D. TURPIN (« Le juge est-il représentatif, réponse : oui », *Commentaires*, 1992, p. 381 ; F. HOURQUEBIE (*thèse préc.*).

doctrinales, sans doute pour éviter un gouvernement des juges. Bien sûr, le constat se retrouve sous la plume de certains « sixiémistes » même si la prise de conscience comporte des degrés selon la finalité du raisonnement mais ces auteurs prennent ensuite un à un les problèmes institutionnels pour proposer leur diagnostic sans cette rationalisation qui serait la vraie rupture institutionnelle. Ces auteurs gardent une vision parcellaire et restrictive de la justice et les partis politiques apparaissent encore plus en retrait.

1 - Une vision parcellaire

On trouvera difficilement une réflexion d'ensemble (dans l'attente du tout prochain ouvrage promis de Thomas Clay et Matthieu Boissavy) qui associe les différents maux de la justice à sa place comme pouvoir.

Ceux qui contestent au juge la légitimité d'accès à un statut de pouvoir concurrent auront tendance à forcer les traits du constat pour en dévoiler tous les risques et faire resurgir un éternel discours sur le gouvernement des juges. D'autres, encore insatisfaits du rôle des contrepouvoirs insisteront sur la permanence des entraves pesant sur la justice, l'obligeant à recourir à des voies détournées pour remplir son office de protection des droits et libertés. Le plus souvent le constat d'évolution demeure partiel et se limite à la sphère politico-pénale tour à tour vilipendant les pouvoirs de quelques juges-justiciers, ou se rassurant de l'accalmie des années 2000. Ils se concentrent alors sur les juges d'instruction ou le parquet pour finalement revenir au rôle de l'exécutif et constater que peu de choses ont changé.

Paul Allières³², par exemple, relève ainsi l'influence du contexte européen sur l'acquisition d'une autonomie relative des juges ordinaires. Il en conclut fort justement à une inadéquation des structures constitutionnelles pour accompagner cette évolution. Mais ses analyses se cantonnent ensuite à la modernisation du CSM et à la réforme du lien entre parquet et ministère de la justice. En matière de responsabilité, il envisage l'audition des procureurs par le Parlement, sans aller jusqu'à en donner le fondement ultime au plan constitutionnel. Pour être juste il faut préciser que l'on trouve parfois chez Jack Lang le souhait d'une table rase en matière de justice : il appelle ainsi à une véritable « révolution judiciaire », mais les solutions éparses n'affichent pas leur cohérence constitutionnelle.

³² Paul ALLIES, « Pourquoi et comment une VI^{ème} République. Pour en finir avec la crise du régime », *Climats*, 2002, p. 46.

La VI^{ème} République : République des juges ?

Pourtant, si à la réalité fonctionnelle doit aujourd'hui correspondre un aménagement organique renouvelé on devrait le trouver d'abord chez les sixiémistes. C'est rarement le cas et paradoxalement, seul le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire au fond celui qui est le moins sous la dépendance de l'exécutif et du législatif puisqu'il n'y a pas de « carrière » à y faire, fait l'objet des réformes.

De leur côté, les différents partis politiques n'associent pas directement réforme de la justice et réforme constitutionnelle de l'Etat.

2 - Des partis globalement sans vision d'ensemble

Du côté de l'UMP, à l'exception de quelques personnalités³³, la question du changement de régime n'apparaît pas centrale et l'héritage de la Cinquième demande simplement à être amélioré. La justice n'arrive pas comme l'un des pouvoirs à prendre en compte. A cet égard, une anecdote peut s'interpréter en ce sens : le programme de la convention de « pour la France d'après » dont la partie institutionnelle a été débattue avant-hier 5 avril, à l'Assemblée nationale, ne fait apparaître que la justice constitutionnelle sous le thème de la vie démocratique. La justice ordinaire n'y a pas droit de citer et fera l'objet d'une journée « à part ». Mais cette scission, cette autonomisation de la question de la justice, révèle à elle seule l'absence d'ambition constitutionnelle pour la justice.

Du côté du parti socialiste, le même constat s'impose peu ou prou. Les travaux de l'atelier « justice » de l'université d'été 2005 de La Rochelle mettent l'accent sur la réforme des moyens de la justice et sur des aménagements fonctionnels comme la spécialisation des juridictions. Le caractère trop corporatiste du CSM est à nouveau dénoncé et les droits des justiciables appellent à être renforcés. Après Outreau, l'actualité est à la réforme de la procédure pénale, de l'instruction essentiellement. Peu de choses apparaissent sur les institutions dans leur ensemble ; non pas qu'il y ait un désintérêt mais sans doute faute d'intégrer la justice au débat constitutionnel, lui-même généralement relégué au second plan. On mettra de côté la position du NPS et de la C6R qu'on retrouvera plus tard et qui se démarque.

Sur sa gauche, le forum justice, sécurité, liberté du Parti communiste du 13 février 2006 limite ses propositions à la généralisation de l'échevinage, de la collégialité et des médiations

³³ Jacques Barrot, Nicolas Sarkozy (favorable à une présidentialisation accrue il n'affiche pas d'ambition de nature constitutionnelle pour la justice).

avec un CSM très minoritairement composé de magistrats. Le caractère limité des réformes proposées s'explique à la fois par le désengagement de la gauche en général pour les questions institutionnelles et son ralliement aux institutions de la Cinquième en particulier et par l'idée, très développée à gauche, que la justice est « avant tout » un service public rendu par des fonctionnaires pour des usagers. Cette relégation de la justice comme service public technocratique, qui rencontre la réalité du projet que la Cinquième présentait en 1958 pour elle, marque certainement la plupart des discours politiques.

Dans ce concert, l'UDF doit certainement être placée à part. Soutenant un régime présidentiel qui serait déjà en germe dans la constitution actuelle, François Bayrou, lors de la clôture d'un colloque le 29 mars dernier relatif à la justice a en effet clairement posé que « nous sommes à l'UDF les seuls dans le monde politique français à penser que la justice doit être assumée comme un pouvoir [...] et qu'il faut la séparation des pouvoirs ». Pour ce faire, est proposé, en se référant à une idée de Raymond Barre, un garde des Sceaux indépendant du gouvernement, désigné concomitamment au président de la République par les trois quarts du Parlement et responsable devant lui de la politique menée et demandée par l'exécutif. Il dirigerait le parquet qu'il nommerait également sur avis du CSM, lequel serait paritairement composé de magistrats et de non magistrats. Il plaide enfin pour le maintien de l'unité du corps de la magistrature mais achève cette petite révolution par le souhait, lui aussi de voir disparaître le Conseil d'Etat comme juge. Ce « programme » complet et ambitieux fait figure d'exception au même titre que les travaux de la C6R.

En définitive cet « entre-deux » que l'on constate dans le discours sur la justice dans la sixième, atteste de ce que la « révolution » de la sixième ne serait pas homogène et présenterait des aspects plus ou moins en rupture avec l'acquis institutionnel. Le discours de la sixième sur la justice perpétue la tradition selon laquelle la justice est, selon l'expression d'Antoine Garapon « le point aveugle de la théorie politique française »³⁴. Elle est pourtant un enjeu de radicalisation c'est-à-dire un pilier indispensable à une sixième telle que les sixiémistes l'appellent de leur vœux.

II - Les juges : enjeu de la radicalisation du débat sur la VI^{ème}

³⁴ « La justice, le point aveugle de la théorie politique française ? », *La justice entre deux millénaires, Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 53.

La VI^{ème} République : République des juges ?

Cet enjeu est présent dans les aspirations et dans les solutions proposées par les auteurs sixiémistes mais sans être explicité. Faisons œuvre de maïeutique. La parcellisation des approches que l'on vient de voir ne doit pas masquer une certaine cohérence à la fois au sein de chaque discours, celui de la C6R, celui de M. Allières, celui de l'UDF, etc., mais encore entre eux. Ce que recherchent les sixiémistes, sans le formaliser, tient en deux mots : rationalisation et responsabilité. Rationalisation, d'abord, c'est-à-dire la nécessité de réformer organiquement un ensemble d'institutions qui ont en commun une fonction unique et importante dans l'Etat : la juridiction. L'heure est à l'unification (A). Responsabilité, ensuite, parce que si la justice ne se perçoit pas comme un pouvoir complet organiquement, la rationalisation en cours implique qu'elle rende des comptes, directement au peuple ou devant les autres pouvoirs. Ce thème de la responsabilité devient central parce que l'on ne cherche plus la responsabilité d'un service public rattaché à l'exécutif mais celle d'une fonction à part entière (B).

A - Une rationalisation à opérer : l'institutionnalisation d'un pouvoir

En s'appuyant sur les différents projets existants on peut montrer qu'ils tendent vers une simplification, un resserrement, un renforcement, c'est-à-dire une rationalisation de la fonction juridictionnelle. Deux temps à cela : l'unification des organes, le renforcement de l'instance de contrôle.

1 - L'unité de la justice

On écartera la question importante de l'organe chargé de juger pénalement les gouvernants. Cela relève plus de la théorie de la responsabilité des politiques. Mais on notera que l'imagination des « sixiémistes » ne les pousse pas jusqu'à relier cet organe (Cour de justice de la République) aux autres juridictions, notamment par une procédure d'appel ou de cassation. Il n'est pas question ici d'unité de la fonction juridictionnelle mais de justice politique, faite par une majorité de politiques³⁵.

Trois points apparaissent dans tous les discours sixiémistes sur la justice : la Cour constitutionnelle, la dualité de juridiction, le parquet et l'unité de la magistrature. Chacun est un aspect de cette unité implicitement revendiquée.

³⁵ Projet Montebourg-François, art. 94 et s.

L'unité de la justice et le rôle de la juridiction constitutionnelle

Il est d'abord remarquable que, pour les sixiémistes, la première institution à réformer soit le Conseil constitutionnel. Il ne faut pas y voir tellement la crainte du gouvernement des juges mais plutôt le constat d'une inadéquation entre le rôle acquis sous la Cinquième et son mode de composition. En effet, une certaine unanimité se crée en faveur de la constance et de son rôle et même son accroissement par l'ouverture de l'exception d'inconstitutionnalité (Lang, Allières, Montebourg-François...). Ce consensus a de quoi surprendre puisqu'il s'agit de l'acte de décès de la doctrine démocratique à la française, celle de Rousseau, en faveur d'un contrôle systématique de la loi par tous les juges. Seule la légitimité du Conseil semble demeurer problématique et devoir faire l'objet d'aménagements par exemple par une désignation des membres à une majorité qualifiée du Parlement. On tombe alors dans le travers inverse car cela demeure un signe de ce que le Conseil serait fonctionnellement une annexe du pouvoir législatif. Par réalisme, si le juge se fait législateur, autant qu'il en dérive.

Des modes de désignations moins dominés par le Parlement, sur proposition du président par exemple, sont proposés et sont associés souvent à un régime présidentiel, ramenée sur la scène par le quinquennat³⁶. En effet, la principale crainte d'un juge constitutionnel fort serait son interventionnisme politique. Dans le cadre du régime présidentiel, l'effort de séparation entre légalité et opportunité n'est plus à faire car la confusion est acceptée, le juge, comme aux Etats-Unis menant sa part de politique. Elle est alors simplement cantonnée à la sphère d'intervention du juge, endiguée par l'absence de capacité d'intervention des organes législatif et exécutif sur le judiciaire. D'ailleurs, il appert que le refus traditionnel d'un auto-gouvernement des juges se fonde moins sur l'absence de pouvoir des juges que sur la crainte de voir ce pouvoir contrecarrer les projets des « politiques ».

Cela débouche sur l'exception d'inconstitutionnalité qui présente l'avantage d'une pression diffuse. L'exception d'inconstitutionnalité fait l'objet d'un consensus important quand au contraire la saisine *a priori* fait encore l'objet de réserves (seul le président de la République pourrait saisir dans le projet Montebourg-François). En outre, on demande parfois davantage de transparence aux délibérations de la Cour constitutionnelle par l'institution des opinions séparées des juges, *a fortiori* si elles sont dissidentes (même projet). Le groupe justice de la C6R précise qu'il serait favorable à un traitement de la

³⁶ Henry ROUSSILLON, « Le mythe de la VI^{ème} », *RFDC* n° 52, 2002.

La VI^{ème} République : République des juges ?

constitutionnalité de la loi par le juge ordinaire lui-même au même titre que le contrôle de conventionnalité et sans annulation subséquente de la loi. Ce relatif consensus autour de la fin du monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel repose d'abord sur la suspicion qui l'entoure mais il a surtout pour effet d'unifier et de généraliser les moyens de la fonction juridictionnelle pour tous les juges.

Ces mécanismes appellent à leur tour l'institution d'un mécanisme de type Cour suprême. Paul Alliès, en ce sens, prône une vraie Cour suprême en remplacement du Conseil constitutionnel³⁷. Sa composition serait désormais assise sur une majorité des trois cinquièmes des membres du Parlement. Sa compétence serait étendue au contrôle de tous actes émanant des pouvoirs constitués échappant actuellement au Conseil d'Etat (actes de gouvernement) et à l'institution de l'exception d'inconstitutionnalité. En fait il n'est pas question de Cour suprême car le cas de la juridiction constitutionnelle demeure distinct d'une réforme des institutions judiciaires³⁸.

Il faut revenir à la tradition juridique française pour comprendre ces réticences. Sous la Cinquième, l'argument organique conduit à souligner le caractère politique de la justice constitutionnelle et à l'écarter de la sphère « judiciaire ». Mais cette justification devrait être abandonnée. Le choix opéré par les sixiémistes de faire primer sa fonction amène à l'insérer dans le pouvoir juridictionnel. Comme dans le cas du juge administratif, ce sont les garanties apportées à la fois au travail même du Conseil (bloc de constitutionnalité, procédure contradictoire, autorité de chose jugée) et en raison de son œuvre jurisprudentielle qui en font une juridiction et plus encore une juridiction « chef de file » dont il conviendrait de parachever l'évolution par la consécration explicite d'une « autorité de chose interprétée » à la manière d'une cour suprême. En adhérant à la thèse essentiellement fonctionnelle on renvoie à « une méta-norme qui prescrirait que dans tout Etat de droit, il doit exister un pouvoir juridictionnel réunissant l'ensemble des organes qui exercent la fonction »³⁹. Assez nettement, on recherche une diffusion plus large de la fonction juridictionnelle sous la coupe d'une juridiction

³⁷ *Un nouveau régime politique pour la France*, préc., p. 190.

³⁸ Dominique ROUSSEAU, « Pour une Cour constitutionnelle ? », *RDP* 2002, p. 363 ; H. ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2004, 5^{ème} éd.

³⁹ I. BOUCOBZA, *préc.*

suprême. La remise en cause de la dualité de juridiction va dans le même sens.

L'unité de la justice et la dualité de juridiction

La remise en cause de la dualité de juridiction revient encore souvent dans le débat sur la justice sous la VI^{ème} ⁴⁰. Cela ne doit pas étonner. La doctrine et le Conseil constitutionnel ont justifié l'existence d'un juge administratif par une version française de la « séparation des pouvoirs » dans laquelle non seulement le judiciaire ne fait qu'appliquer la loi d'où son affiliation à l'exécutif, mais encore juger l'administration est un acte de l'exécutif même. De ce point de vue, le souvenir de ce qu'en 1958 le Conseil d'Etat a remplacé le terme « justice » par celui « d'autorité judiciaire » prend une autre tournure. Il indique que la justice administrative, quoique fonctionnellement juridictionnelle, relève matériellement et organiquement de l'exécutif (en dépit de son rattachement tardif au ministère de la justice). La constitutionnalisation de la juridiction administrative et de sa réserve de compétence achève de lier le destin de la dualité de juridiction au débat constituant. L'argument organique peut être inversé en ce qui concerne la dualité d'ordres de juridiction. Justifiée par la matière exécutive sur laquelle la juridiction statue la séparation est progressivement effacée par l'alignement des garanties organiques (procédure, constitution des juridictions, procédures d'urgence, injonction...).

Déjà délicate au niveau de son assise sous la V^{ème} la dualité de juridiction se présente de façon contrastée dans le cadre de la VI^{ème}. Yves Gaudemet, consulté par la RDP en 2002 exprime sans doute un sentiment dominant : « la constitution hypothétique ne devrait ni précipiter ni cristalliser le mouvement [d'évolution du juge administratif vers un juge de moins en moins spécifique]. Tout permet de penser que c'est en restant taissante sur le sujet qu'elle rendra les plus grands services à la juridiction administrative en général et au Conseil d'Etat en particulier »⁴¹. Les propositions du groupe « justice » de la C6R, par la plume du professeur Clay, préconisent au contraire la suppression pure et simple de la

⁴⁰ Dominique ROUSSEAU, « Que reste-t-il de notre droit ? », in D. SOULEZ-LARIVIERE et H. DALLE, *Notre justice, préc.*, p. 81.

⁴¹ p. 378.

La VI^{ème} République : République des juges ?

juridiction administrative⁴². Ce type d'écart est récurrent sur cette question mais le fait est remarquable que le débat sur la VI^{ème} fasse sortir ce débat des colonnes des revues universitaires pour investir le champ constitutionnel. La recherche d'une unification organique de la juridiction est nette.

L'unité de la justice ce serait encore la juridiction départementale unique comme simplification de la carte judiciaire, cette juridiction répartissant ensuite les dossiers.

L'unité de la magistrature et le statut du parquet

Le statut du parquet est une question centrale de la sixième. Entre autonomie du juge et application de la politique pénale le parquet occupe une position spécifique qui plaide en faveur de sa séparation avec les juges du siège. Fonctionnellement et organiquement lié à l'exécutif, il ne serait pas superflu de lire le statut du parquet à l'aune de la séparation des pouvoirs et de penser que la responsabilité fonctionnelle, disciplinaire et, finalement, politique, du parquet relève du garde des Sceaux.

La remise en cause du principe de l'unité du corps de la magistrature a de plus en plus d'adeptes⁴³. Elle a partie liée avec la question constitutionnelle. En effet, isoler deux corps au nom de deux fonctions distinctes revient à tracer nettement les contours de la fonction de juger contre celle de la politique pénale⁴⁴. Le principe de l'unité de la magistrature est souvent invoqué comme l'alpha et l'oméga de la question du statut du parquet. Or, ce n'est pas un principe univoque. Basé sur l'idée, très relative dans sa pratique, d'un va-et-vient possible entre fonctions, il ne peut masquer les différences effectives et essentielles de traitement entre les magistrats du siège et ceux du parquet. C'est une idée constante depuis 1958 que le maintien dans le même corps est une garantie d'indépendance de l'ensemble. Plus il y a rapprochement, plus il y a garantie pour le parquet⁴⁵. Le droit en vigueur autorise cependant des différences substantielles de

⁴² Avec cet argument surprenant selon lequel la CEDH considérerait un jour que le Conseil d'Etat ne saurait être impartial puisqu'une l'une des parties est son employeur !

⁴³ *Contra*, Jean GICQUEL, « Service public de la justice et structure de l'Etat » en raison des débordements liés à la trop forte politisation du parquet, et le CSM lui-même : avis du 16 octobre 1997.

⁴⁴ D. SOULEZ-LARIVIERE et H. DALLE, « Juge et procureurs », in D. SOULEZ-LARIVIERE et H. DALLE, *Notre justice, préc.*, p. 133.

⁴⁵ Voir P. HÉBRAUD, 1959... *op. cit.* p. 7.

traitement et de régime au sein du même statut. La pratique ensuite, officialisée par les rapports du CSM, montre de sérieuses disparités.

Si on a souhaité maintenir le lien entre les deux c'est sans doute parce que, loin de profiter au parquet, le principe d'unité du corps joue en fait au détriment du siège, auquel on n'accorde pas de garanties propres parce qu'elles sont impensables pour le parquet qu'on lui adjoint toujours. On en veut pour preuve la tendance du législateur à vouloir confier au parquet un pouvoir quasi-juridictionnel de transaction (ce qu'en d'autres temps on a appelé « l'injonction pénale » ou le « plaider coupable »).

Les solutions sont diverses. Arnaud Montebourg proposait l'élection des procureurs afin d'asseoir leur indépendance. Mais ils ne seraient ainsi indépendants que vis-à-vis de l'exécutif et leur coordination poserait problème. Cette idée a fait long feu. L'importation d'un élément isolé venant du monde anglo-saxon ne se ferait pas facilement. Le projet Montebourg-François retient néanmoins la fin de l'unité de la magistrature : deux métiers, deux corps (art. 86) tout en unifiant le CSM (devenu CSJ) et en instituant le gouvernement collégialement responsable de la politique pénale dont le garde des Sceaux ne serait plus l'unique répondant. Le projet Montebourg-François permet encore d'imaginer l'audition des parquetiers à la demande d'un parlementaire pour rendre compte de leur autonomie en matière de politique pénale locale. D'autres maintiennent l'unité pour assurer une commune formation (Bayrou). Mais dans l'ensemble on retient une rationalisation et une clarification.

Toujours du point de vue du corps, une autre voie est souvent explorée par les « sixiémistes » pour relégitimer le personnel judiciaire. Les juges devraient être plus représentatifs ; à ce titre plusieurs voies s'ouvrent et parmi elles le renforcement de l'échevinage⁴⁶. Le projet Montebourg-François fait ainsi une place à des juges non-professionnels en matière correctionnelle et la C6R entend introduire les juges consulaires en appel et au civil. Il ne s'agit donc pas tant de rechercher une légitimité technique portée par des acteurs du milieu socioprofessionnel (échevinage commercial ou prud'homal) mais bien d'impliquer les citoyens dans le fonctionnement de la justice, d'accroître la représentativité des juges.

⁴⁶ Antoine VAUCHEZ et Laurent WILLEMEZ, *Les mondes judiciaires et la construction d'un horizon réformateur commun : 1981-2004 : magistrats professionnels et non-professionnels comme objets des réformes de la justice* : rapport de recherche du GIP-Justice, 2004, à paraître.

La VI^{ème} République : République des juges ?

De nombreuses propositions visent à éviter les pressions en limitant les interventions de la hiérarchie dans la carrière au profit d'une instance de contrôle chapeautant l'ensemble des juridictions.

2 - L'instance de contrôle

La question du CSM, au cœur de la question constitutionnelle est aujourd'hui revenue sur le devant la scène et bien connue. Sa composition, sa présidence, ses pouvoirs de nomination, de discipline et de proposition, sa division en deux instances font l'objet parfois d'opinions dans le débat sur la VI^{ème}. Mais là encore l'approche pourrait être accentuée. Dans la logique du service public de la justice un organe comme le CSM a du mal à trouver sa place. Il est en effet un pur produit des exigences de la « constitution politique » : organe du pouvoir arbitral du président, pièce maîtresse de l'indépendance d'une fonction essentielle de l'Etat, commission disciplinaire des magistrats et, peut-être, avec Outreau, garant des intérêts de la justice face à son environnement. Certes endormi pendant trente-cinq ans, le CSM joue aujourd'hui le rôle essentiel de « transformateur » ou de « traducteur » des obligations constitutionnelles en termes administratifs. Selon la formule de M. T. Ricard, il réalise « la médiatisation de l'influence de la puissance exécutive sur la justice. »⁴⁷. Il est une sorte de « boîte noire » au sein de laquelle un décodage des finalités constitutionnelles s'opère pour encadrer la gestion du personnel judiciaire.

Les sixiémistes soulèvent des objections. Parmi elles, la présence du garde des Sceaux qui n'est *a priori* nullement justifiée, encore moins sa place de vice-président. La doctrine et l'opinion publique dénoncent à chaque projet de révision l'incongruité de cette présence du ministre qui finit par voter ses propres projets de nomination ou par les retirer séance tenante pour ne pas être éventuellement désavoué. La présence du président de la République est devenue tout autant contestable. Le rapport Truche préconise de permettre aux deux autorités de saisir le CSM, d'être présentes mais sans prendre part au vote⁴⁸. La révision constitutionnelle du 27 juillet 1993⁴⁹ n'a pas modifié ces éléments, et même si le projet de révision de 2000

⁴⁷ *La fonction administrative du CSM, op. cit.* p. 44.

⁴⁸ P. 53.

⁴⁹ Voir E. PICARD, « Chronique de droit administratif », *JCP*, 1994, Doc. n° 3736, p. 62. Voir également : F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Constitutionnalité de la loi relative au CSM. », *Dalloz*, 1995, Sommaires commentés, p. 298.

annonçait que président et ministre ne voteraient plus, cette modification n'a pas eu d'avenir. Cette révision demeure pourtant un horizon indépassable pour beaucoup. Pour Jack Lang⁵⁰ ce projet apparaît comme un bon aboutissement et son idée d'un « Conseil supérieur de la justice », moins corporatiste dans sa composition (plus de parlementaires et plus de représentants de la société civile). Mais son action comme « chef de file » de la fonction juridictionnelle n'est pas une idée abordée faute, une nouvelle fois, de volonté de penser la fonction constitutionnelle de justice.

Le projet d'A. Montebourg et B. François va un peu plus loin dans cette cohésion d'ensemble. Le CSM y deviendrait un organe rehaussé en légitimité et en pouvoirs, nommé Conseil supérieur de la justice, mais plus accessible au citoyen saisissant par l'intermédiaire d'un parlementaire ; l'affermissement de l'autonomie allant de pair avec une responsabilité fonctionnelle devant les justiciables. Il pourrait également être saisi de tout dysfonctionnement de l'institution par un magistrat, un parlementaire, le ministre de la Justice. Le CSJ se verrait reconnaître le pouvoir d'interpellation par des avis publics. Le président de la République garderait sa place au CSJ mais, on le sait, sans le caractère partisan qui est aujourd'hui le sien (art. 6 du projet). Composé paritairement de magistrats élus par leurs pairs et de personnalités élus par le Parlement sur proposition du président, l'organe regrouperait les justices judiciaire, administrative et financière ; voilà une façon d'unifier la fonction sans aller jusqu'à l'unité organique qui lui fait défaut. Certains ont même proposé de remplacer le CSM par la juridiction constitutionnelle⁵¹. C'est une façon d'unifier la fonction juridictionnelle, chaque juridiction demeurant sinon pensée isolément des autres.

Mais au-delà, l'aménagement d'un Conseil supérieur, a une finalité commune à tous les sixiémistes : réinventer la responsabilité des juges. Le groupe « justice » de la C6R ne conclut guère après avoir recherché sous quelle forme pourrait s'établir une responsabilité qui ne soit ni une mise en cause facilitée ni un déni de réponse en cas de faute grave du juge. Pour MM. Montebourg et François, le CSJ aurait intégralement en charge la gestion des carrières et tiendrait compte pour ses choix tout autant de l'ancienneté et de la participation à la vie de la juridiction que de « la qualité des décisions rendues » (art. 91). Voilà qui doit surprendre tant on discute de la responsabilité

⁵⁰ *Un nouveau régime politique pour la France*, Odile Jacob, 2004, p. 203.

⁵¹ Proposition formulée par le NPS, cf. E. MARCOVICI, *La gauche et la VI^{ème} République*, op. cit., p. 138.

La VI^{ème} République : République des juges ?

de la fonction juridictionnelle sans parvenir à dépasser l'obstacle de la chose jugée seulement justiciable elle-même des voies de recours. Ce Conseil « statue sur la responsabilité professionnelle de tous les magistrats » (art. 93). Une telle concentration, aujourd'hui impensable, paraît au cœur de la question des pouvoirs dans la sixième et n'a pourtant pas été clairement posée ainsi.

B - Une responsabilité à reconstruire dans le cadre de la séparation des pouvoirs

Le discours relatif à la qualité de pouvoir ou de contre-pouvoir des juridictions, *a fortiori* lorsqu'il aboutit à reconnaître la qualité de représentant au juge, appelle une responsabilité fortement légitimante, une légitimité fonctionnelle⁵² qui signe le passage entre un droit garanti par l'Etat et ses juges à un juge fondateur du lien social⁵³. On peut y voir aussi le retour de bâton de l'engagement de la responsabilité pénale des élus⁵⁴. La responsabilité de la justice que les sixiémistes appellent de leurs vœux, dépasse les mécanismes civils et administratifs existant au profit des administrés : responsabilité sans faute ou pour faute lourde de l'Etat, responsabilité disciplinaire des magistrats. La responsabilité de la justice est ici éclatée selon les juridictions (spécificité du régime des juridictions administratives) et selon les dysfonctionnements en cause. Or, l'appel actuel tend vers une responsabilité plus politique, liée à la fonction juridictionnelle, que civile ou disciplinaire. On doit revenir sur cet appel à la responsabilité, avant de voir que les propositions sixiémistes ne parviennent pas à l'instituer.

1 - L'appel social et politique à la responsabilité de la justice

L'appel social est bien connu. Il participe du mouvement général de mise en valeur des « victimes » et des faibles face à l'institution. L'appel à son renforcement émane autant des « victimes » du système que de l'opinion qui demande mieux que des gardes fous : de la transparence. En particulier les mécanismes de responsabilité en place, quoique réels, apparaissent trop indirects. L'Etat, comme cela est nécessaire, continue à faire « paravent » entre les juges et le

⁵² Cf. l'introduction de J. KRYNEN, in *La légitimité des juges*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Travaux de l'IFR, n° 1, p. 19.

⁵³ Ph. RAYNAUD, « Le juge, la politique et la philosophie », *Situations de la démocratie*, Gallimard – Le seuil, 1993, p. 110.

⁵⁴ V. ROUSSEL, *Affaires de juges : les magistrats dans les scandales politiques en France*, Ed. La découverte, 2002, p. 288.

justiciable en préférant indemniser puis se retourner éventuellement contre le magistrat par la voie disciplinaire. Or, tout ce qui mériterait explication ne relève pas forcément d'une faute disciplinaire, le justiciable n'est pas informé de la procédure interne et n'a donc pas la suite de « son » affaire, en outre il n'est pas certain que ledit justiciable attende quelque chose d'aussi « lourd » que la procédure disciplinaire. L'ouverture à la contestation dans le cadre de la justice participe du mouvement de résurgence de la faute, du phénomène du bouc émissaire, derrière le développement de la garantie sociale généralisée⁵⁵.

L'appel politique, classique, à défaut de destitution des juges, a été relancé spectaculairement dans le cadre d'Outreau. Le rôle de la commission d'enquête parlementaire présidée par André Vallini et sa critique par le CSM attestent d'un glissement vers une exigence globale de responsabilité de la fonction de juger devant la représentation nationale. On peut y voir aussi le « retour de bâton » de l'engagement de la responsabilité pénale des élus⁵⁶. On demande au juge d'avouer ses insuffisances personnelles sous couvert de désigner celles d'un système. Sa personnalité, mise en cause par les accusés acquittés, se voit mise en avant comme étant la marque de l'institution (froideur, technicité, arrogance, humiliation, autisme...). On lui demande d'avouer ses erreurs et de les imputer à sa jeunesse, à sa solitude, à son inexpérience, tares que l'on pourrait ensuite imputer au système. Parfois la responsabilité politique appert. Philippe Houillon, rapporteur de la commission insiste : « Nous sommes la représentation nationale. C'est notre liberté qui est entre vos mains. Vos réponses sont un peu courtes tout de même ». Preuve est faite que, d'une part, le législatif, au titre de sa fonction de contrôle, préalable à sa fonction législative, recherche la responsabilité politique d'un membre de la fonction juridictionnelle, que, d'autre part, cette façade, réelle et remarquable, masque mal la recherche de la responsabilité personnelle et singulière de ce jeune juge arrivé bien malgré lui à la place d'homme public sous l'opprobre publique. La responsabilité-sanction est en embuscade derrière la responsabilité-action. Cela n'a rien d'étonnant entre législatif et exécutif, c'est moins banal entre législatif et judiciaire. Le Parlement n'a pas les moyens de

⁵⁵ *Droits*, n° 5, 1987, « La Fin de la faute ».

⁵⁶ V. ROUSSEL, *Affaires de juges : les magistrats dans les scandales politiques en France*, Ed. La découverte, 2002, p. 288 ; Jean-Jacques SUEUR, *Juger les politiques. Nouvelles réflexions sur la responsabilité des dirigeants publics*, L'Harmattan, 2001.

La VI^{ème} République : République des juges ?

provoquer le départ du juge, de mettre en jeu une responsabilité organique. C'est au titre d'une interdépendance fonctionnelle que le juge est entendu. Il s'agit clairement de dépasser la responsabilité individuelle et disciplinaire des magistrats pour contrôler la marche complète du processus et éviter les dysfonctionnements d'une branche entière de l'Etat. L'idée d'une responsabilité propre à la fonction judiciaire apparaît en France d'autant plus incongrue qu'organiquement et fonctionnellement les juridictions ne se distinguent pas de l'exécutif sous la forme du service public⁵⁷.

La réaction du CSM apparaît alors assez fondée dans son avis du 16 février 2006 : « le Conseil supérieur de la magistrature estime de son devoir constitutionnel de rappeler les principes fondamentaux de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire qui, dans un Etat de droit, déterminent la place et le fonctionnement de la justice. Ces principes n'interdisent certes pas une réflexion sur son évolution, ses moyens, ses méthodes et ses conditions de fonctionnement ; mais ils constituent les fondements essentiels d'une justice démocratique, quel que soit le système judiciaire ou le statut des magistrats. [...] Au vu des auditions de magistrats par la commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée nationale, le Conseil supérieur de la magistrature déplore que ceux-ci aient été interrogés sur l'élaboration de leurs décisions juridictionnelles. Il doit rappeler avec force que les juges ne peuvent être contraints de s'en justifier autrement que par la motivation prescrite par la loi et, s'agissant des procureurs, selon les règles prévues par le code de procédure pénale ». Cette mise en cause par le pouvoir législatif, d'un magistrat, est d'autant plus inévitable que le président de la République se refuse à intervenir dans la mesure où, étant lui-même élément de l'exécutif, cela serait une atteinte à la séparation des pouvoirs⁵⁸. Cette position apparaît incongrue : le président ne siège pas au CSM en tant que chef de l'exécutif mais comme chef de l'Etat (« arbitre »). Arguer de la confusion des pouvoirs au sommet de l'Etat pour échapper à son rôle premier s'analyse comme un effet pervers.

⁵⁷ D. TRUCHET, « La justice comme service public », *Le service public de la justice*, Ed. O. Jacob, 1998, p. 31 (spéc. p. 36) ; X. BIOY, « L'institution judiciaire sous la V^{ème} République : de la logique administrative du service public appliquée à une autorité constitutionnelle », *RRJ* 1999, n° 4, p. 1091-1134.

⁵⁸ Intervention de Jacques Chirac au CSM le 24 février 2006, rapportée par D. ROUSSEAU (*Le Monde*, 28.02.2006).

Les projets sixiémistes restent timorés sur cette question. Tout au plus envisage-t-on impliquer d'avantage les parlementaires à la composition du CSM ou bien ouvrir sa saisine aux commissions d'enquête parlementaires⁵⁹. Mais l'idée selon laquelle la responsabilité des juges a partie liée avec le degré d'indépendance ne relève pourtant pas de l'évidence théorique. L'argument ne brille pas par son caractère univoque. Le discours relatif à la qualité de pouvoir ou de contre-pouvoir des juridictions, *a fortiori* lorsqu'il aboutit à reconnaître la qualité de représentant au juge, appelle une responsabilité fortement légitimante, une légitimité fonctionnelle⁶⁰. La justice doit rendre des comptes sur son application du droit, sur le fond et sur la procédure. On convoque dans ce cadre le terme anglosaxon d'*accountability* qui évoque la responsabilité sans son aspect organique de destitution-révocation. Les positions des sixiémistes apparaissent aussi contrastées qu'inadaptées.

C'est pourquoi la responsabilité des magistrats doit pouvoir être disjointe d'une responsabilité de l'institution juridictionnelle devant les autres pouvoirs ou devant le peuple directement. Si le magistrat doit répondre de ses fautes professionnelles, si le service public doit être responsable des préjudices subis, cela laisse encore une place pour une responsabilité politique de la fonction juridictionnelle en tant que pouvoir. La radicalisation des positions en matière de responsabilité s'opère parfois au risque de la confusion des genres. Certains politiques⁶¹ n'hésitent pas à proposer de punir disciplinairement le magistrat qui se verrait désavoué en appel ou en cassation. Cela se concrétiserait par un ralentissement de la progression de la carrière. Confondre une divergence d'interprétation du droit avec une erreur de droit puis avec une faute professionnelle permettrait certes de désengorger les tableaux d'avancement mais pas de responsabiliser des juges réduits au rôle de distributeur d'arrêts !

2 - L'aménagement de la responsabilité de la justice dans une sixième

En 1993 le comité Vedel diagnostiquait déjà la saisine du CSM par les citoyens, projet avorté avec la révision constitutionnelle de 2000. La plupart des formations politiques qui se prononcent sur cette question préconisent soit un recours des justiciables devant le CSM,

⁵⁹ Th. S. RENOUX, « Les incidences éventuelles d'une responsabilité... », *op. cit.*, p. 219.

⁶⁰ Cf. l'introduction de J. KRYNEN, in *La légitimité des juges*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Travaux de l'IFR, n° 1, p. 19.

⁶¹ Propos tenus par exemple par P. DEVEDJAN (*Le Figaro*, 17 déc. 1999).

soit la création d'un médiateur de la justice amené à examiner toute demande émanant d'un justiciable mécontent. Il y a été proposé⁶² de rattacher le service de l'inspection des services judiciaires au CSM pour éviter l'éventuelle partialité du garde des Sceaux et surtout pour permettre au justiciable de se plaindre de son juge directement devant le CSM sans passer par la hiérarchie. Ces idées ont été repoussées. Elles sont évidemment trop contraires à la conception administrative que les gouvernants se font de la justice. Par ailleurs on peut se demander si elles répondent bien aux attentes.

La vraie question n'est pas celle de l'organe qui contrôle mais le type de responsabilité qu'il met en œuvre. S'il s'agit toujours d'une responsabilité disciplinaire, trop lourde pour de simples négligences ; s'il s'agit toujours d'une responsabilité civile, simple garantie financière, cela ne donne pas la satisfaction morale du justiciable et ne rétablit pas la confiance du peuple dans ses institutions.

Juger la justice pour instituer sa responsabilité ne peut appeler qu'à une forme de jugement différente de celle qu'elle pratique elle-même : à la fois politique (puisque'il s'agit d'un pouvoir) et sans mise en cause organique (puisque'il doit y avoir indépendance) ; une justice institutrice de la fonction de juger qui rétablirait les juges dans leur autorité en « lavant » le dysfonctionnement, fautif ou non. Cette forme de justice qui satisferait cette ultime exigence de responsabilité trouve son expression dans la théorie de l'aveu.

Suscité, contrairement à la confession spontanée, par une demande, l'aveu, acte performatif, entend principalement établir, non pas tant la culpabilité, que la reconnaissance de la règle bafouée ; il est une allégeance à un ordre qu'il convient de restaurer entre le demandeur et celui qui avoue. L'aveu de l'institution n'implique pas l'individualisation de la sanction mais la démarche de la reconnaissance par plusieurs individualités. L'aveu constitue le meilleur moyen de restaurer la confiance envers le ou les magistrats aussi bien que vis-à-vis d'un système qui consent à se réformer en reconnaissant sa défaillance. L'aveu restaure l'autorité⁶³. L'aveu est au cœur de cette « justice reconstructive » qui rétablit le pacte social⁶⁴, comme ce fût le cas sud-africain, en attestant d'une vérité passée et

⁶² Voir l'intervention d'Antoine Garapon devant la commission des lois de l'Assemblée, in *Rapport n° 930*, par Jacques FLOCH.

⁶³ B.-M. DUFFE, « La sollicitation de l'altérité », R. DULONG (Dir.), *L'aveu*, préc., p. 257.

⁶⁴ O. CAYLA, « Aveu et fondement du droit », in *Vérité, réconciliation, réparation*, préc., p. 89.

d'un engagement futur (respect de la constitution contre amnistie). L'aveu marque la vérité, la réconciliation, la réparation, il est « homologation » de la parole de l'autre et de l'ordre qu'elle rappelle. Qu'attendait-on d'autre du juge Burgaud ? C'est bien un aveu que les parlementaires ont tenté de lui extorquer et c'est bien un aveu que le président de la République et le premier président de la Cour de cassation ont formulé malgré les magistrats au nom de l'institution.

Quelle forme peut-on imaginer pour cet aveu ? Procédure parallèle à d'autres, l'aveu pourrait intervenir dans différentes hypothèses : lors d'une mise en cause d'un magistrat ou d'un ensemble de magistrats dans une procédure donnée, soit qu'aucune enquête n'ait été ouverte, soit au contraire qu'elle ait été diligentée et amène à une condamnation de l'Etat ou à la reconnaissance d'une faute disciplinaire ou enfin même débouche sur l'absence de faute. Le magistrat doit être mis en position de s'expliquer et d'avouer une défaillance, une erreur, un dysfonctionnement non fautif. Si un collectif est en cause ou si le magistrat ne prend pas conscience qu'il serait de l'intérêt de l'institution d'admettre sa responsabilité, une autorité représentative de l'institution devrait pouvoir s'y substituer de même qu'elle devrait le faire également en cas d'aveu individuel. Dans la forme actuelle cela pourrait être le président du CSM, en sa qualité d'arbitre, de chef de l'Etat. Dans une forme rénovée, le président d'une cour suprême, en tous cas l'autorité la plus éminente dans le pouvoir judiciaire ou sa forme déconcentrée. N'est-ce pas d'ailleurs à mettre en parallèle avec l'une des significations possibles du droit de grâce que le projet de sixième conserve au président comme « soupape de la justice » selon la formule de Guy Carcassonne.

Finalement, il semble que les sixiémistes, à quelques exceptions notoires près, n'aient pas institutionnellement donné aux juges la place qu'ils ont déjà acquise. La sixième des juges est là, mais la sixième à venir ne sera sans doute pas une République des juges faite de penser la juridiction dans sa fonction constitutionnelle et sa responsabilité.